

Tilburg University

Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht

Publication date:
2010

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2010). Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2010(10), 249-255.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht

T.F.E. Tjong Tjin Tai

Hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg

1. Inleiding

De schuldenaar kan op voet van art. 6:76 BW aansprakelijk zijn voor fouten gemaakt door hulppersonen. In de jurisprudentie is deze bepaling nader ingevuld; de hierna te bespreken zaak over beroepsaansprakelijkheid van een advocaat oogt als een eenvoudige toepassing van eerdere rechtspraak. Toch is de uitkomst enigszins onbevredigend. Dit komt doordat bij de uitleg van de overeenkomst te weinig rekening lijkt te zijn gehouden met bijzonderheden van de beroepspraktijk. Ik zal eerst de uitspraak plaatsen in het systeem van de wet en de eerdere jurisprudentie. Vervolgens zal ik betogen dat bij de uitleg van de overeenkomst rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke opvattingen ten aanzien van de eenheid van de onderneming.

2. Casus en procedure in feitelijke instanties

Moonen Vastgoed B.V. (hierna te noemen: Moonen), althans haar rechtsvoorgangster, had in 1988 een schip gebouwd in opdracht van een buitenlandse cliënt, Urania. Vanwege een onjuiste wijze van uitvoer van het schip door Urania ontstond een geschil met de belastingdienst, waardoor Moonen fiscaal en strafrechtelijk werd aangesproken. Dit geschil werd geschikt, waarop Moonen de na de schikking verschuldigde BTW bij factuur van 29 april 1993 bij Urania in rekening heeft gebracht. Betaling bleef uit. Advocaat mr. R., al jaren huisadvocaat van Moonen en betrokken bij eerdergenoemde schikking, werd vervolgens ingeschakeld voor de incasso van de factuur.¹

Er werd besloten conservatoir beslag op het schip te leggen. Hiertoe werd eerst de Belgische advocate Verreet ingeschakeld omdat het schip in Frankrijk lag, maar

¹ Het cassatiemiddel formuleert het aldus dat Moonen zich tot R. gewend had voor de incasso.

toen bleek dat het schip inmiddels naar Spanje was overgevoerd door Verreet een Spaanse advocaat, Davó, ingeschakeld die succesvol beslag legde. De aangezochte Spaanse rechter verklaarde zich in het incassogeschil onbevoegd. De zitting werd door mr. R. bijgewoond. Het geschil werd vervolgens in Nederland met succes doorgezet, wat leidde tot toewijzing van de vordering tegen Urania bij de Rechtbank Den Bosch. Het daartegen door Urania ingestelde hoger beroep werd niet-ontvankelijk verklaard. Ter opheffing van het beslag was een bankgarantie afgegeven van omgerekend NLG 1.511.860,31, welk bedrag na verleende exequatur van het Bossche vonnis werd uitbetaald aan Davó op 26 maart 1999. Op de uitbetaling heeft advocaat Davó zijn declaraties van NLG 457.660,61 ingehouden en het restant in twee gedeelten aan Verreet en in één deelbetaling aan Moonen betaald. Verreet heeft vervolgens haar declaratie van NLG 104.014,09 ingehouden en het restant aan mr. R. doorbetaald, die het ontvangen bedrag integraal heeft doorbetaald aan Moonen. Totaal is derhalve op het aan Moonen toekomende bedrag van de bankgarantie een bedrag van NLG 561,673,95 ingehouden; zij heeft slechts NLG 950.186,36 ontvangen.

Moonen sprak vervolgens mr. R. aan. Verreet en Davó zouden hulppersonen in de zin van art. 6:76 BW zijn, zodat mr. R. aansprakelijk is voor hun fouten. Daarnaast zou mr. R. zelf tekortgeschoten zijn in het houden van toezicht en het maken van tariefafspraken. De rechtbank oordeelde dat er sprake was van wanprestatie van mr. Verreet en Davó door het eerst inhouden van hun declaraties alvorens de ontvangen gelden door te betalen, waarvoor mr. R. aansprakelijk is. In hoger beroep bevestigde het Hof dit oordeel. Het Hof overwoog, kort samengevat, dat de opdracht inhield de incasso van de factuur, en dat mr. R. gedragsrechtelijk gehouden was om bij onduidelijkheid over de omvang van de opdracht deze onduidelijkheid weg te nemen door schriftelijke afspraken of bevestiging. Als de beslaglegging zijns inziens niet onder de opdracht viel, had hij dit aan Moonen duidelijk moeten mededelen. Moonen mocht er dan ook, mede gelet op de vaste relatie met mr. R., vanuit gaan dat mr. R. voor alle werkzaamheden die tot incasso zouden leiden, zorg zou dragen. Hieronder viel ook het beslagleggen en de uitwinning van de bankgarantie. Dat Verreet en Davó als hulppersonen van mr. R. optraden vindt tevens steun in het feit dat mr. R. de zitting in Spanje had bijgewoond, de correspondentie tussen mr. R. en Verreet, en de verzending van de einddeclaratie en betaling van het resterende bedrag door Verreet aan mr. R. Aan dit oordeel doet niet

af de omstandigheid dat Verreet op aanwijzing van Moonen was ingeschakeld, of dat Moonen een procesvolmacht voor de Spaanse advocaat had getekend.

3. De procedure in cassatie

In het tegen het arrest van het Hof gerichte cassatieberoep betoogde mr. R. dat het Hof de aard van de opdracht had miskend: het ging weliswaar om een opdracht tot incasso, maar dat behelste niet dat mr. R. zelf de incasso verrichtte of liet verrichten, doch hield een volmacht in om in naam van Moonen een overeenkomst met Verreet en Davó tot stand te brengen. Daarnaast werd aangevoerd dat de gedragsregels niet bepalend zijn, en dat het aankomt op uitleg van de rechtsverhouding tussen Moonen en mr. R., waarbij zou gelden als vuistregel of feit van algemene bekendheid dat een advocaat die een andere advocaat inschakelt, dit doet als vertegenwoordiger van zijn cliënt.

Deze klachten worden door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad legt 's Hofs arrest aldus uit, dat het Hof een uitleg geeft van de inhoud van de opdracht die inhield dat Moonen ervan mocht uitgaan dat mr. R. zou zorgdragen voor alle werkzaamheden die tot incasso zouden leiden, waaronder de beslaglegging en uitwinning van de bankgarantie met inschakeling van Verreet en Davó. De verwijzing naar de gedragsregels houdt niet meer in dan dat indien mr. R. de opdracht anders had begrepen, hij dit aan Moonen had moeten mededelen. Dit alles geeft geen blijk van een onjuiste of onbegrijpelijke uitleg van de relatie tussen partijen. Verder bestaat er geen vuistregel of ervaringsregel als door mr. R. verdedigd. Daartoe verwijst de Hoge Raad naar de conclusie van mr. Rank-Berenschot, nr. 2.15 en 16, die wisselende standpunten in jurisprudentie en literatuur noemt.

Wel slaagt een klacht over het passeren van een bewijsaanbod. Tot slot slaagt ook een klacht tegen 's Hofs verwerping van het betoog dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de regel van art. 6:76 BW in casu wordt toegepast. Het Hof had dit beargumenteerd door te wijzen op het nalaten van mr. R. om duidelijk te maken dat hij de opdracht beperkter opvatte. De Hoge Raad acht dit onvoldoende als verwerping van hetgeen mr. R. had aangevoerd ter onderbouwing van dit betoog, o.a. de doelen van de aansprakelijkheid voor hulppersonen, en het feit dat Moonen zelf Verreet en Davó had kunnen aanspreken uit contract of onrechtmatige daad.

4. Een eigenaardige tekortkoming

Alvorens in te gaan op de toepassing van art. 6:76 BW in dit geschil wil ik er op wijzen dat de litigieuze wanprestatie nogal zonderling is. De twist lijkt eigenlijk te gaan om de hoogte van de declaraties van Verreet en Davó. De fout van de Nederlandse advocaat lijkt vooral daaruit te bestaan dat hij betere tariefafspraken had moeten maken. In cassatie draait het echter erom dat de buitenlandse advocaten hun declaraties hadden ingehouden op de hen toevertrouwde gelden. Het vreemde hieraan is dat in de redenering van Hof en Hoge Raad de incasso en kennelijk ook de afdracht van gelden een eigen verplichting van mr. R. is. Het inhouden van declaraties op de uitbetaling is daarom een tekortkoming. Maar als dat zo is, zou de tekortkoming eigenlijk niet bestaan uit het inhouden, maar uit het niet volledig betalen van het bedrag uit de bankgarantie. Kortom, Moonen had eenvoudigweg kunnen eisen dat het gehele bedrag moest worden uitbetaald (i.e. nakoming eisen): dat is immers een eigen verplichting van mr. R. waar hij ook zelf aan kan voldoen. Art. 6:76 BW is hiervoor in het geheel niet relevant. De zaak is in cassatie evenwel op andere basis beoordeeld, en daar is het nu om te doen.

5. Toerekenbaarheid van niet-nakoming: algemeen

Pacta sunt servanda, overeenkomsten moeten worden nagekomen, is het uitgangspunt van de wet. Maar de schuldenaar is alleen aansprakelijk voor een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst indien deze aan hem toerekenbaar is (art. 6:74 BW). In het verleden sprak men over overmacht versus wanprestatie voor de gevallen waarin de tekortkoming in de nakoming niet respectievelijk wel toerekenbaar is. Strikt genomen gaat het niet zozeer om het toerekenen van de tekortkoming, als wel om toerekening van de *oorzaak* daarvan. Men moet bezien wat de oorzaak is van de tekortkoming, en in hoeverre deze oorzaak in de risicosfeer van de schuldenaar ligt.² Art. 6:75 BW noemt vier gronden waarop de toerekenbaarheid van een dergelijke (oorzaak van een) tekortkoming kan worden vastgesteld: schuld, wet, rechtshandeling, of verkeersopvattingen. Alleen bij afwezigheid van toerekening op één dezer gronden is sprake van overmacht. Toerekening op grond van de wet kan geschieden bij fouten van hulppersonen (art. 6:76 BW) of bij gebrekkige zaken (art. 6:77 BW).

² G.J.P. de Vries, 'Het te enghartige aansprakelijkheids criterium voor gedrag van hulppersonen (Geldnet/Kwantum Nederland)', NTBR 2002, p. 493, ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Toerekenbare niet-nakoming en de zorg van een goed schuldenaar', WPNR 6574 (2004), par. 3.

Art. 6:75 BW wekt de indruk dat het gaat om alternatieve gronden: zodra er één grond is aan te wijzen, staat de toerekenbaarheid vast. Die indruk is evenwel onjuist. De gronden kunnen elkaar corrigeren en aanvullen: als volgens één grond de oorzaak wel toerekenbaar zou zijn, is mogelijk dat een andere grond hier weer aan afdoet, of omgekeerd.³ Een voorbeeld: bij rechtshandeling kan een uitzondering worden aangenomen op toerekening van fouten van hulppersonen ex art. 6:76 BW. Dit is begrijpelijk aangezien de toerekenbaarheid, de omvang van de risicosfeer, op basis van allerlei omstandigheden moet plaatsvinden.⁴ Een categorische regel waar nimmer afbreuk aan kan worden gedaan, past daar niet bij. De wettelijke toerekeningsregels van art. 6:76 en 77 BW gelden dus alleen in beginsel, als prima facie regels waar verkeersopvattingen of rechtshandeling weer aan kunnen derogeren.

6. Toerekening van fouten van hulppersonen

Art. 6:76 BW bepaalt dat de schuldenaar die bij de uitvoering van zijn verbintenis gebruik maakt van andere personen, voor hun gedragingen op gelijke wijze aansprakelijk is als voor zijn eigen gedragingen. Deze bepaling berust op diverse gedachten: het profijtbeginnsel, dat aansprakelijkheid de schuldenaar aanspoort tot zorgvuldige keuze van hulppersonen en organisatie van hun werk (het beginnsel van *culpa in eligendo*), en het voorkomen van verhaalsproblemen voor de schuldeiser die anders niet zou weten of hij de schuldenaar of diens hulppersonen zou moeten of kunnen aanspreken.⁵ De Hoge Raad heeft deze regel restrictief ingevuld: in het arrest HR 14 juni 2002, NJ 2002, 495 (Geldnet/Kwantum) is de toerekening beperkt tot “personen van wie de hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van de verbintenis ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is.”⁶ Als een bewaker door een op dat moment geen dienst hebbende collega wordt beroofd, is het bedrijf niet op grond van art. 6:76 BW aansprakelijk voor die collega, aangezien die op dat moment niet bewaakte. Deze interpretatie heeft verzet opgeroepen: er is betoogd dat ook een fout van een werknemer die niet als hulppersoon bij die specifieke verbintenis werd

³ G.T. de Jong, Niet-nakoming van verbintenissen, Mon. BW B33, Kluwer: Deventer 2006, nr. 15.4 alsmede in: C.J.H. Brunner en G.T. De Jong, Verbintenissenrecht algemeen, 2^e dr., Kluwer: Deventer 2004, nr. 174, Tjong Tjin Tai, ‘Toerekenbare niet-nakoming en de zorg van een goed schuldenaar’, WPNR 6574 (2004), par. 3, G.J.P. de Vries, ‘Het te enghartige aansprakelijkheids criterium voor gedrag van hulppersonen (Geldnet/Kwantum Nederland)’, NTBR 2002, p. 493.

⁴ G.T. de Jong, Mon. BW B33 (2006), nr. 14 en 19.4, wijst erop dat de vier gronden van art. 6:75 niet limitatief zijn, en dat met name de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen (PG Bk 6, p. 266).

⁵ HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733.

⁶ Het arrest is bevestigd in HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89 (’t Witte Paerdje).

ingeschakeld, zou moeten kunnen worden toegerekend.⁷ Hij had immers door zijn werknemerschap gelegenheid de roof te plegen.⁸ Juridisch komt dit neer op een algemene toerekening van oorzaken die binnen de onderneming liggen.⁹ Dit miskent dat de Hoge Raad niet heeft gezegd dat de daad van de collega (medeplegen van de roof) als oorzaak van de tekortkoming niet zou kunnen worden toegerekend. Art. 6:76 BW is immers niet limitatief:¹⁰ toerekening kan ook op andere grond plaatsvinden, zoals op basis van verkeersopvattingen. De schuldeiser moet dus niet louter voor het anker van art. 6:76 BW gaan liggen en dient expliciet aan te voeren dat toerekening ook op andere grond kan geschieden.

7. Afwijken van toerekening door de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid

Art. 6:76 BW is in de rechtspraak verder ingeperkt doordat de toerekening uitzondering kan lijden door de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Daarbij kan van belang zijn in hoeverre in de concrete casus de rationes van de toerekening van fouten van hulppersonen feitelijk niet opgaan. Aldus was geoordeeld in een geval waarin de hulppersoon (een frauderende boekhouder) was uitgekozen op instigatie van de opdrachtgever.¹¹ In het onderhavige geval heeft het Hof volgens de Hoge Raad het beroep op de derogerende werking ontoereikend behandeld.

Vanuit de algemene rechtsfiguur van overmacht beschouwd is de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid echter een enigszins omslachtige en zelfs niet geheel correcte benadering. Zoals hierboven betoogd (par. 5) is de regel van art. 6:76 BW niet allesbepalend. Het onderhavige resultaat had ook, of zelfs beter, bereikt

⁷ Vgl. G.J.P. de Vries, 'Het te enghartige aansprakelijkheids criterium voor gedrag van hulppersonen (Geldnet/Kwantum Nederland)', NTBR 2002, p. 491 e.v., ook T. Hartlief, 'De Hoge Raad en de aansprakelijkheid voor hulppersonen', in: Bierbooms e.a. (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2005, p. 149-167.

⁸ Overigens had ook op basis van art. 6:170 BW geageerd kunnen worden nu de roof een onrechtmatige daad is. De reikwijdte van deze bepaling is voor een dergelijke casus mogelijk voldoende, zie de norm uit HR 9 november 2007, LJN BA7557 (Groot Kievitsdal), bevestigd in HR 30 oktober 2009, LJN BJ6020.

⁹ Aldus lijkt Hartlief ('De Hoge Raad en de aansprakelijkheid voor hulppersonen', in: Bierbooms e.a. (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2005, p. 149-167, op p. 157-160) te suggereren, in elk geval voor wat betreft de buiten-contractuele aansprakelijkheid van art. 6:171 BW, maar ook lijkt het voor art. 6:76 BW.

¹⁰ Vgl. PG Boek 6, p. 269, ook G.T. de Jong, 'Het belang van het begrip 'bedrijfseenheid' in verband met de contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen'. WPNR 6742 (2008), par. 2.5.

¹¹ HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 m.nt. JH.

kunnen worden door afwijking van art. 6:76 BW op grond van verkeersopvattingen.¹² Voor de onderhavige casus betekent dit dat de in cassatie verdedigde ‘vuistregel’ of ‘algemene ervaringsregel’ had kunnen worden aangevoerd als een verkeersopvatting die voor een dergelijk geval ertoe zou leiden dat niet moet worden toegerekend, in afwijking van art. 6:76 BW.

8. Art. 6:76 BW en de uitleg van de opdracht

Dit alles is eenvoudige toepassing van staande rechtspraak. In de zienswijze van de Hoge Raad betreft deze zaak een simpele – en cassatietechnisch feitelijke – kwestie van uitleg van de opdracht. Heeft de advocaat de incasso inclusief de buitenlandse werkzaamheden op zich genomen, dan zijn de buitenlandse collega’s hulppersonen in de zin van art. 6:76 BW, waarvan de fouten dus in beginsel aan de advocaat toerekenbaar zijn. Toch is het eindresultaat niet geheel bevredigend. Is de crux niet veeleer of fout wel valt onder de door de advocaat aangegane verbintenis, dus of er sprake is van een tekortkoming? Vanuit dit gezichtspunt kunnen enige verdere kanttekeningen bij de benadering van de Hoge Raad worden geplaatst.

Een tekortkoming impliceert een voorafgaande verbintenis. Het gaat er bij art. 6:76 BW om dat de hulppersoon is ingeschakeld voor een verbintenis van de opdrachtnemer zelf. Dat impliceert een werkzaamheid die de opdrachtnemer in zijn eigen sfeer uitvoert, dat wil zeggen, zelf of door personeel, of – en daar gaat art. 6:76 BW mede om – door ingeschakelde derden omdat hij de concrete werkzaamheid niet zelf wil uitvoeren, hoewel de verplichting daartoe wel op hem zelf rust. Het is op zichzelf terecht dat de opdrachtnemer niet aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door alle werkzaamheden uit te besteden. Maar omgekeerd is er geen enkele opdrachtnemer die alles zelf kan doen; er zijn altijd ondersteunende werkzaamheden die niet door de opdrachtnemer zelf zullen worden verricht en waar art. 6:76 BW dus niet op van toepassing zou moeten zijn.¹³ Het gaat er dus om wat voor inspanningen onder de opdracht vallen: dit zijn inspanningen *in de eigen sfeer* van de schuldenaar.¹⁴

¹² Vgl. G.J.P. de Vries, ‘Het te enghartige aansprakelijkheids criterium voor gedrag van hulppersonen (Geldnet/Kwantum Nederland)’, NTBR 2002, p. 493.

¹³ Vgl. het kopiëren van stukken, dat een advocaat *in-house* laat doen, versus het maken van vertalingen of bezorgen van stukken door een koerier, wat veelal door derden wordt gedaan.

¹⁴ Een vergelijkbare benadering ziet men in HR 21 mei 1999, NJ 2000, 13 (Anguilla Pleasure Island/Anguilla Delray Resorts) waar de tekortkoming van een notaris niet werd beschouwd als tekortkoming om aan een dwangsom te voldoen, aangezien de opdrachtgever de benodigde inspanning en zorgvuldigheid had betracht. De dwangsom ziet namelijk alleen op wat men zelf kan doen, niet op

Of sprake is van een verbintenis die de opdrachtnemer zelf op zich heeft genomen, of van een verbintenis die door een ander moet worden uitgevoerd en waar met goedvinden van de opdrachtgever een ander wordt ingeschakeld op grond van middellijke of onmiddellijke vertegenwoordiging, is een kwestie van uitleg: vaststelling van de inhoud van de opdracht. In casu oordeelde het Hof dat het ging om een opdracht tot incasso, waarbij Moonen mocht aannemen dat mr. R. “voor alle werkzaamheden die tot incasso zouden leiden, zorg zou dragen” (rov. 4.9 arrest Hof). Deze overweging is evenwel voor meerdere uitleg vatbaar. Betekent dit dat mr. R. zal zorgdragen dat anderen die werkzaamheden verrichten (en dus als vertegenwoordiger van Moonen deze opdrachten geeft), of dat hij zelf zorg draagt (in de zin van *verrichten*) voor deze werkzaamheden?¹⁵ Deze meerduideligheid geeft aan dat het oordeel van het Hof niet onproblematisch is.

Ik zal dit in drie stappen betogen. Ten eerste is er twijfel of de opdracht wel zo duidelijk vastligt, als werd aangenomen (par. 9). Ten tweede wordt voorbijgegaan aan de verkeersopvattingen van de branche omtrent de werkzaamheden die gewoonlijk binnen de opdracht vallen, hetgeen bij samenwerkingsverbanden van cruciaal belang is (par. 10). Ten derde zouden deze opvattingen het beste kunnen worden gevat in het criterium van de eenheid van de onderneming, dat daarmee mede bepalend wordt voor de afbakening van de opdracht (par. 11).

9. Wat omvat de opdracht?

Hof en Hoge Raad lijken de zaak te benaderen vanuit een vastliggende opdracht: het op zich nemen van de incasso. In de praktijk komt het evenwel regelmatig voor dat een opdracht in algemene termen wordt geformuleerd, en gaandweg wordt ingevuld.¹⁶ Een advocaat wordt zelden benaderd met een gedetailleerd vormgegeven verzoek voor werkzaamheden. De cliënt verwacht integendeel dat de advocaat op basis van de

een eventuele aansprakelijkheid voor handelingen van derden (vgl. HR 10 juni 1955, NJ 1955, 552 (Het Noorden/NHL)). Vgl. H. Drion, Aansprakelijkheid voor andermans fouten in verband met de inhoud der verplichtingen, oratie Leiden 1958, opgenomen in: Geschriften van H. Drion, Kluwer: Deventer 1982, p. 77-94, waarover R.D. Lubach, Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2005, p. 116.

¹⁵ Vgl. het voorbeeld in par. 9 over het zorg dragen voor overboeking van griffierecht.

¹⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai, De overeenkomst van opdracht, inclusief de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst, Kluwer: Deventer 2009 (Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009)), nr. 83.

behoeften en belangen van de cliënt zelfstandig nagaat wat er gedaan moet worden. De Hoge Raad beschouwt dit ook als een verplichting van beroepsbeoefenaren.¹⁷

Ofschoon het zeer wel denkbaar is dat mr. R. in den beginne de incasso als geheel op zich genomen had, is de vraag wat er gebeurde op het moment dat bleek dat werkzaamheden in het buitenland nodig waren. De advocaat zal dat ongetwijfeld met zijn cliënt hebben besproken. Zou de advocaat toen bedoeld hebben dat hij ten behoeve van en voor rekening en risico van de cliënt zijn buitenlandse collega's 'inschakelde' (dus als middellijk of onmiddellijk vertegenwoordiger van zijn cliënt optrad),¹⁸ of deed hij alleen de mededeling dat hij ter uitvoering van zijn eigen verplichting (om zulke werkzaamheden te verrichten) een hulppersoon zou inschakelen (en het dus zijn eigen verbintenis bleef, die hij alleen niet persoonlijk uitvoerde)?¹⁹ Het is immers heel goed mogelijk dat op zo'n moment partijen nadere invulling geven aan de opdracht en daarmee afwijken van de oorspronkelijke afspraken. Het zijn deze nadere afspraken die uitleg behoeven, niet zozeer de oorspronkelijke opdracht tot incasso. De activiteiten die de advocaat vervolgens ondernam, de hoedanigheid waarin hij zijn collega's benaderde, zouden dan ondersteuning kunnen bieden aan zijn lezing van deze afspraken.²⁰

De manier waarop het Hof tot zijn oordeel komt, zoals onderschreven door de Hoge Raad, is door toepassing van een formele, op zichzelf juiste, regel. Het ligt op de weg van de beroepsbeoefenaar om eventuele onduidelijkheden op te helderen.²¹ Hof en A-G verwijzen hierbij naar de advocatuurlijke gedragsregels. Ook voor andere dienstverleners kan dit in het algemeen worden aangenomen.²² Een beroepshalve optredende opdrachtnemer beschikt in het algemeen immers over de kennis en

¹⁷ Zie in verschillende varianten HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420, HR 1 november 1991, NJ 1992, 121 (De Korte/Blok), HR 8 november 1991, NJ 1992, 134 (Prins/Van Leeuwen), HR 29 maart 2002, NJ 2002, 270, HR 7 april 2006, NJ 2006, 245, zie verder Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 95 en 99.

¹⁸ Dus in zoverre als lasthebber optreedt, art. 7:414 e.v. BW.

¹⁹ Daar zou dan reden toe kunnen zijn om een uitzondering te maken op een eventuele verplichting om de werkzaamheden persoonlijk uit te voeren (art. 7:404 BW), of om de cliënt te waarschuwen voor additionele kosten.

²⁰ Voorts is van belang hoe het salaris van de advocaten in rekening werd gebracht: als het werkzaamheden van mr. R. zelf zouden zijn, zou hij hier zelf loon voor kunnen rekenen volgens zijn eigen tarieven (art. 7:405 BW), als zij voor Moonen ingehuurd waren zouden zij hun eigen loon moeten ontvangen.

²¹ Bv. HR 20 december 2002, NJ 2003, 325 (Zürich LG) ten aanzien van een notaris, zie ook Rb Rotterdam 13 december 2006, NJF 2007, 90 over de beperking van de opdracht door de advocaat.

²² Vgl. de waarschuwplichten die op dienstverleners rusten, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009). In de praktijk is het niet altijd mogelijk strikt te onderscheiden tussen een verplichting om een onduidelijke opdracht te verhelderen en om tegen een mogelijk riskante of onbedoelde instructie te waarschuwen.

ervaring om te weten hoe de zaken er normaal aan toe gaan en kan daardoor ook veelvoorkomende misverstanden en onduidelijkheden het beste opheffen. Zo'n formele regel mag echter niet als enige bepalend zijn: zij gaat namelijk voorbij aan de materiële werkelijkheid van de beroepspraktijk. Men kan niet verwachten dat de beroepsbeoefenaar bij iedere potentiële onduidelijkheid over de reikwijdte van zijn werkzaamheden de opdrachtgever expliciet informeert en vraagt om instemming: dat zou een onwenselijke belasting van de relatie betekenen.

10. Risicotoedeling in samenwerkingsverbanden

Een tweede probleem met de onderhavige beslissing is dat zij op gespannen voet lijkt te staan met een andere lijn in de rechtspraak, namelijk die over de omvang van de zorgplicht van de dienstverlener, in het bijzonder de beroepsbeoefenaar zoals de advocaat. De aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar is in essentie een foutaansprakelijkheid, geen risico-aansprakelijkheid. De beroepsbeoefenaar is niet aansprakelijk voor risico's die zich ook bij een hoge mate van zorgvuldigheid niet lieten vermijden.²³ Men zegt ook wel dat op de beroepsbeoefenaar meestal een inspanningsverbintenis rust, geen resultaatsverbintenis.²⁴ Zo is geoordeeld dat een advocaat het griffierecht niet eerder dan vier dagen vóór het verstrijken van de termijn hoefde over te maken, omdat destijds onder normale omstandigheden niet meer dan vier dagen gelegen waren tussen de opdracht tot overboeking en de uitvoering daarvan.²⁵ Hij was dus niet aansprakelijk voor de te late betaling, nu hij de vereiste mate van zorg had besteed om de betaling tijdig te laten plaatsvinden.

Bezien in het licht van de onderhavige beslissing, komt men evenwel tot een andere uitkomst. Men kan namelijk betogen dat de bank in die zaak een hulppersoon is geweest van de advocaat. Immers de advocaat had op zich genomen om de procedure te voeren, waaronder ook viel de verplichting om tijdig het griffierecht te betalen. Dat die betaling in feite via de bank verliep maakt dat niet anders. Nu heeft de bank weliswaar geen verplichting om binnen vier dagen de opdracht uit te voeren, maar de advocaat behoort wel tijdig het griffierecht te betalen. Als het samenstel van

²³ Zie bv. HR 9 maart 1990, NJ 1990, 429 (Knobo/Schellenbach), HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 (Kromjongh/Van Dijk), vgl. over het mogen laten bestaan van geringe risico's HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302 (Expan beheer).

²⁴ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 85 met verdere verwijzingen. Dat neemt niet weg dat de zorgplicht van de opdrachtnemer ook concrete resultaatsverbintenissen kan omvatten.

²⁵ HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460.

advocaat en bank ertoe leidt dat de betaling te laat wordt verricht zonder andere verontschuldigende oorzaak, zou – indien de bank hulppersoon is – sprake zijn van wanprestatie van de advocaat.

Nu kan men de discrepantie tussen het arrest uit 2000 en het onderhavige arrest uit 2010 verklaren doordat in 2000 eenvoudigweg niet is geageerd op grond van art. 6:76 BW. Toch lijkt het niet juist dat de bank in die casus als hulppersoon van de advocaat zou worden beschouwd.²⁶ De advocaat heeft nauwelijks tot geen invloed op de snelheid of nauwkeurigheid van werken van de bank. Of hijzelf of de cliënt de overboeking zou doen zou niet uitmaken. De overboeking is een voor de advocaat ‘vreemde’ activiteit: hij kan niet zelf de girale overboeking rechtstreeks bewerkstelligen maar zal altijd een ander hiervoor moeten inschakelen. Het *laten* overboeken zal wel van hem worden verwacht, maar het *zelf* overboeken, zoals de bank doet door bijwerken van de saldi van de respectievelijke rekeningen, valt buiten zijn vermogen. Anders gezegd: het zal als regel worden aangenomen dat het zelf overboeken buiten de reikwijdte van de opdracht valt. Daardoor is dit slechts een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis. Evenzo ligt in casu voor de hand dat de opdracht aan mr. R niet strekte tot *verrichten* van de incasso (een resultaat), maar tot inspanningen ten behoeve van de incasso. De kernoverweging van het Hof (zie par. 8) is op dit cruciale punt dubbelzinnig.

Het zou theoretisch mogelijk zijn om alle personen die betrokken worden bij het uitvoeren van een zekere verbintenis als hulppersoon te beschouwen. Dan zou de opdrachtnemer aansprakelijk kunnen zijn voor alle werkzaamheden die nodig zijn om de opdracht uit te voeren, ook al gaat het om het oppompen van de banden van de auto van de door de advocaat ingehuurd koerier. Maar dat zou de onwenselijke consequentie hebben dat in laatste instantie iedereen die aan het eindresultaat bijdraagt als hulppersoon wordt beschouwd. Misschien zou dan zelfs de rechter, die door de advocaat wordt geadieerd, kunnen worden beschouwd als hulppersoon en een eventuele fout²⁷ in de uitspraak als toerekenbaar aan de advocaat!

Het standpunt van Moonen is in wezen erop gebaseerd dat de advocaat de toegang is tot een *netwerk* van juridische dienstverlening: door de hulppersoonconstructie wordt de netwerktoegang aansprakelijk voor alle

²⁶ Vgl. HR 4 april 2003, NJ 2003, 592 (Damco/Meister Werkzeuge), rov. 3, waar de Hoge Raad (in een andere casus) de bank niet als hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW opvat.

²⁷ In de zin van een juridische misslag.

achterliggende netwerkdeelnemers. Het standpunt van mr. R is daarentegen dat iedere netwerkpartner afzonderlijk aansprakelijk is voor zijn eigen tekortkomingen.

Men zou dit conflict kunnen benaderen langs de weg van uitleg van de *verhoudingen* tussen de partijen, in het licht van art. 6:76 BW: is een dergelijke zelfstandige beroepsbeoefenaar een *hulppersoon* van de schuldenaar, en is daarom de fout *toerekenbaar*? Een dergelijke discussie bestaat bijvoorbeeld ten aanzien van de aansprakelijkheid van de reisorganisator voor door een ander verrichte diensten (art. 7:509 lid 2 BW).²⁸ Ook kan men de vergelijking trekken met de casus dat een patiënt in één periode door diverse specialisten wordt behandeld. Is er dan één hoofdbehandelaar van wie de andere specialisten hulppersonen zijn, of heeft de patiënt met alle verschillende specialisten afzonderlijke behandelingsovereenkomsten gesloten?²⁹ Naar Duits recht wordt veelal aangenomen dat de hoofdbehandelaar de patiënt vertegenwoordigt bij het sluiten van overeenkomsten met de andere specialisten; hierbij is een relevant gezichtspunt dat het de behandelaar verboden is handelingen buiten zijn eigen specialisme te verrichten, zodat het vreemd zou zijn dat hij daar wel voor gecontracteerd zou hebben.³⁰

De Hoge Raad kiest er daarentegen voor om de zaak te benaderen met de vraag of er een *verbintenis* is van de schuldenaar om de desbetreffende werkzaamheid te verrichten, waardoor het gaat om de vraag of er sprake is van een *tekortkoming*. Daardoor komt het aan op de uitleg van de *overeenkomst*. Dit leidt tot een casuïstische benadering, die weinig duidelijkheid schept. Daarnaast miskent dit dat in de praktijk, zo blijkt ook in deze casus, vaak niet geëxpliciteerd wordt welke verplichtingen worden aanvaard. Opnieuw lijkt het onwenselijk dat de beroepsbeoefenaar de hele tijd moet controleren of er geen onduidelijkheid is. Dat geldt met name als er op dit punt een reguliere beroepspraktijk bestaat.

De Hoge Raad had een vuistregel kunnen formuleren voor gevallen als de onderhavige, gekarakteriseerd door het inschakelen van een beroepsbeoefenaar door een collega. Voor de vraag of de makelaar als vertegenwoordiger optreedt heeft de Hoge Raad dat bijvoorbeeld gedaan,³¹ ook al had voor dergelijke gevallen evengoed

²⁸ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 526, ook 489.

²⁹ M.M. ten Hoopen, 'Medisch-specialistische samenwerking en aansprakelijkheid', NJB 2007/26, p. 1594-1604.

³⁰ Ten Hoopen 2007, par. 2.2.

³¹ In beginsel niet: HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 (Van den Berg/Balm), HR 26 juni 2009, LJN BG9284.

gezegd kunnen worden dat dit afhangt van de omstandigheden van het geval en de regel van Kribbebijter. Vergelijk ook de hierboven genoemde Duitse oplossing voor samenwerkende medisch specialisten. Het bezwaar van een vuistregel is evenwel dat die hier beperkt zou blijven tot de relatief specifieke casus. Beter is daarom een algemeen criterium: de eenheid van de onderneming.³²

11. Eenheid van onderneming als criterium

Het probleem met de benadering vanuit uitleg van de overeenkomst is met name het risico op een onrealistisch ruime uitleg van de verbintenissen, die geen recht doet aan de praktijk. Wil men toch deze benadering handhaven, dan is er een correctie nodig die past in het systeem en die ertoe leidt dat deze benadering tot eenzelfde uitkomst leidt als de benadering langs de uitleg van de rechtsverhouding. Deze correctie vindt plaats door binnen het Haviltex-criterium diverse factoren in de beschouwing te betrekken.

Onder meer is van belang wat gebruikelijk is voor het desbetreffende type opdrachtnemer.³³ Doorgaans mag men aannemen dat de opdrachtnemer een welomschreven pakket taken uitvoert, en andere taken niet voor zijn rekening wil of kan nemen.³⁴ Dit is ook wat is aangevoerd in cassatie, en wat de Hoge Raad verwerpt op feitelijke gronden. Dit blijft een relatief onbevredigende benadering nu het miskent dat een opdracht veelal ook impliciet beperkt is door wat binnen de gebruikelijke werkzaamheden van de opdrachtnemer valt. Of weer anders gezegd: bij deze interpretatie moeten ook de opvattingen in de relevante kring worden meegewogen.³⁵ Het draait daarbij om wat de gebruikelijke werkzaamheden van de opdrachtnemer zijn, dus de werkzaamheden waarvan men als regel aanneemt dat de opdrachtnemer deze zelf uitvoert of voor zijn risico laat uitvoeren. Dit komt in wezen neer op de vraag wat de onderneming van de opdrachtnemer omvat:³⁶ het criterium is in essentie dat van de *eenheid van onderneming*, dat ook voor art. 6:171 BW geldt.³⁷ Bij die buiten-contractuele aansprakelijkheid wordt dit algemene criterium nader ingevuld op

³² Zie reeds De Jong, WPNR 6742 (2008), par. 5.

³³ Vgl. opnieuw de regel die de Hoge Raad ten aanzien van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van makelaars heeft aanvaard.

³⁴ Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 25 en 103.

³⁵ Vgl. bv. HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures) ten aanzien van de ter Londense beurse bestaande opvattingen.

³⁶ Zie ook De Jong, WPNR 6742 (2008), par. 5.

³⁷ HR 21 december 2001, NJ 2002, 75 (Delfland/Stoeterij de Kraal). Vgl. Hartlief 2005, nader Lubach, diss., recent ook HR 18 juni 2010, LJN BL9596.

basis van indrukken die voor de contractuele aansprakelijkheid niet zonder meer hoeven op te gaan, maar het algemene criterium geeft wel uitdrukking aan dezelfde gedachte omtrent de omvang van de risicosfeer van de schuldenaar. Van sommige activiteiten vinden wij dat deze, ondanks het feit dat deze uitbesteed zijn, toch tot de risicosfeer van de onderneming behoren, van andere daarentegen vinden wij dat zij daarbuiten vallen. Een bijzondere expertise kan – zoals in het voorbeeld van medisch specialisten – een factor zijn waardoor duidelijk geen sprake is van een hulppersoon.

Of iemand een hulppersoon is, hangt in de vigerende interpretatie van art. 6:76 BW af van de *verbintenis* die aan de orde is. Wat in de literatuur niet wordt benadrukt is dat het dan van belang is of het gaat om een werkzaamheid die de opdrachtnemer zelf op zich neemt, of een werkzaamheid waarvoor in confesso is dat de opdrachtnemer daarvoor een ander inschakelt. In het laatste geval is de verbintenis er één om een derde in te schakelen voor rekening en risico van de opdrachtnemer (dus als onmiddellijk dan wel middellijk vertegenwoordiger), en is de derde geen hulppersoon van de opdrachtnemer.³⁸ Dit onderscheid is dus van groot belang voor de aansprakelijkheid, maar het vergt precisie om dit scherp aan te duiden. ‘Ik zal iemand inschakelen’ kan op beide varianten duiden. In de praktijk zal men zelden duidelijk onderscheiden tussen deze wel zeer subtiële varianten.³⁹ Precies daarom is het van belang dat ook de geldende opvattingen over de eenheid van de onderneming meewegen bij de uitleg.

Het komt dus aan op de in het verkeer geldende opvattingen omtrent de omvang van de onderneming. Deze opvattingen kunnen niet alleen als verkeersopvatting via art. 6:75 BW de *toerekenbaarheid* van de tekortkoming beperken, maar ook als opvatting doorwerken in de bepaling (uitleg) van de omvang van de opdracht en daarmee van de vraag of er sprake is van een *tekortkoming* als vereist door art. 6:74 BW.

Als, zoals in deze zaak, een formeel criterium doorslaggevend is bij de uitleg, gaat alles afhangen van wat de beroepsbeoefenaar heeft medegedeeld, en wordt de kwestie losgemaakt van de omringende maatschappelijke context. Dit is om

³⁸ Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 208. Bij middellijke vertegenwoordiging is de lasthebber in beginsel evenmin aansprakelijk voor de niet-nakoming van de ingeschakelde derde, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 248.

³⁹ Een dergelijke kwestie van ‘doorgeven’ van een opdracht was bijvoorbeeld ook aan de orde gesteld in de zaak die leidde tot HR 11 mei 2001, NJ 2001, 631 (EMO/Witchin), zie rov. 3.3, verwijzend naar het vonnis van de Rechtbank, rov. 8.15-16.

verschillende redenen onwenselijk. Voor de welwillende beroepsbeoefenaar betekent dit dat hij plotseling allemaal extra risico's draagt die hij naar de gebruikelijke opvattingen niet zou behoeven te dragen, wat hem ertoe noopt zich zoveel mogelijk vrij te tekenen en expliciet zijn werkzaamheden af te bakenen, hetgeen de cliënt als vijandig formalisme zal opvatten. De beroepsbeoefenaar die niet om zijn cliënt geeft, kan zich daarentegen gemakkelijk indekken door in algemene voorwaarden een waslijst van beperkingen van zijn werkzaamheden op te nemen, zodat de cliënt als puntje bij paaltje komt weinig ermee opschiet indien de onderhavige benadering regel wordt.⁴⁰ Het heeft iets onbevredigends dat de beroepsbeoefenaar die de cliënt zelf op pad stuurt naar een andere dienstverlener vrijuit gaat, terwijl de beroepsbeoefenaar die zijn cliënt behulpzaam is en zelf contact opneemt met een collega of branchegenoot dreigt volledig aansprakelijk te worden gehouden voor de ander.

Toegegeven zij echter wel dat in de moderne tijd de opvattingen over wat onder een onderneming valt, beweeglijk zijn en wellicht niet altijd zo duidelijk meer als vroeger.⁴¹ In zoverre is toch weer begrijpelijk dat van een beroepsbeoefenaar die zeker van zijn zaak wil zijn mag worden verwacht dat hij dan maar de benodigde klaarheid schept. Dat mag echter niet uitsluitend van belang zijn: de overige omstandigheden blijven mede bepalend.

Deze uitspraak is misschien gewoon wat ongelukkig vanwege de bijzondere casus (zie par. 4). Ook is mogelijk dat er in de procedure onvoldoende aandacht is besteed aan de cruciale uitleg-vraag. Het is aan te bevelen niet blind te varen op dit arrest als algemene regel, en in volgende gevallen toch met voldoende oog voor detail naar de zaak te kijken.

⁴⁰ Vgl. ook J.T. de Jong, 'Aansprakelijkheid van advocaat voor hulppersonen', Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten 2010, p. 79, die suggereert bij algemene voorwaarden af te wijken van art. 6:76 BW.

⁴¹ Vgl. ten aanzien van art. 6:171 BW diepgaand Lubach, diss., p. 275-282.